

PROPIEDAD, CONTRATO Y FAMILIA: 123 AÑOS DE EVOLUCIÓN DE INSTITUCIONES CIVILES FUNDAMENTALES.

Miguel Coca Payeras

I.- AUTOACCUSATIO MANIFESTA.

Agradezco sinceramente el nombramiento como miembro de esta Academia, las palabras de presentación, y la compañía de quienes nos acompañan en este solemne acto.

Aspiro a hacerles partícipes de algunas reflexiones fruto de los treinta y siete años de dedicación al estudio del derecho privado, dedicación que es –junto a mi esposa y tres hijos– de lo poco que puedo presumir. Y no se tomen estas iniciales palabras como una *excusatio non petita*, sino como una *autoaccusatio manifesta*.

Esas reflexiones se realizan esencialmente desde una perspectiva dogmática o de construcción jurídica, dado que entiendo que ello es lo que justifica el que las instituciones sigan manteniendo su *nomen*, a pesar de experimentar en el tiempo importantes variaciones en su contenido que van modificando su naturaleza y por ende su función.

Ello plantea al jurista un atractivo reto: descifrar cual es la estructura o contenido mínimo que justifica el que las instituciones y derechos, a pesar de experimentar importantes modificaciones a lo largo del tiempo, mantengan inalterada su denominación.

Lo que, en palabras de nuestro TC, nos sitúa por un lado ante la llamada garantía institucional, y por otro ante el contenido esencial.

1.- La garantía institucional.

Es sabido que, a partir de la STC 32/1981 de 28 de julio se ha definido la “*garantía institucional*” como el “*reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*”, y que la hace “*recognoscible para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*”. (Posteriormente: STC 38/1983, de 16 de mayo; STC 76/1988 de 26 de abril; STC 109/1998 de 21 de mayo; STC 159/2001 de 5 de julio y STC 16/2003 de 30 de enero).

O, en palabras de la reciente STC 198/2012 de 6 noviembre, “*la imagen maestra de la institución*” que la Constitución otorga a través de la garantía institucional.

2.- El contenido esencial del derecho.

La STC 11/1981 de 8 de abril, en su Fundamento Jurídico 8, perfiló la noción de “contenido esencial” de un derecho, a través de dos vías. La primera, consiste en “*tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho*”.

De modo que conforman el contenido esencial de un derecho subjetivo “*aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así*”.

II.- INTRODUCCIÓN.

La elección de esas tres instituciones (propiedad, contrato y familia), parte del apriorismo de considerarlas fundamentales en el Derecho Civil postcodificado, y por ello la evolución de esa trilogía desde el Código Civil (1889) hasta nuestros días ilustra la propia evolución de éste.

En efecto, el derecho de propiedad era en aquella fecha el derecho real-tipo sobre el que se modulaban los derechos reales limitados, y tenía en el contrato su principal instrumento de transmisión *inter vivos*, y en la sucesión su instrumento de transmisión *mortis causa*.

Lo que posteriormente se denominará el tráfico jurídico-económico de los

bienes (de la propiedad de los bienes, para ser precisos) tenía prioritariamente esos dos ámbitos: contrato y sucesión *mortis causa*.

Esos dos instrumentos o modos transmisivos se conectan al derecho de propiedad a través del principio de autonomía privada, entendida como un poder reconocido a la persona que la faculta tanto para ser titular de derechos subjetivos (autonomía dominical) como para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas (autonomía de la voluntad).

Con todo, en los tiempos de la aparición del Código Civil el ámbito de la sucesión *mortis causa* que se conectaba a la propiedad era preferentemente el de la familia, cuyos integrantes –se entendía– eran los destinatarios naturales de tal instrumento o modo de transmisión, lo que explicaría las importantes limitaciones a la libertad de disposición *mortis causa* que conllevan las reservas o las legítimas.

Observemos cómo por esta vía resulta que derecho de propiedad, contrato y familia se conectan con el principio de autonomía privada, principio que en último término nos sitúa ante la libertad del individuo que, aunque no hallaba en la Constitución de 1876 un reconocimiento general, como ocurre con el actual art. 10 CE, sí era recogida en alguna de sus manifestaciones, como la libertad de establecimiento (art. 2º referido a los extranjeros), la de ejercer las facultades inherentes al derecho de propiedad (art. 10), de elección de actividad o profesión (art. 12), o de asociación (art. 13).

Un ejemplo expresivo de la ligazón entre las instituciones a que nos estamos refiriendo, lo hallamos en las discusiones en el Senado en torno al dictamen del Proyecto de ley autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las bases y condiciones establecidas en la misma, que se convertiría en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Concretamente en la sesión de 19 de febrero de 1885, la intervención del vocal de la Sección civil de la Comisión general de Codificación Don Benito Gutierrez Fernández, principió señalando que la legislación civil *está destinada a definir las grandes relaciones que entraña la organización de la familia y la propiedad*, para mas adelante reiterar una frase ya presente en trabajos anteriores suyos: *la familia y la propiedad viven de su propia vida; porque son dos cosas que se compenetran; y no sin motivo se ha dicho que la propiedad es el teatro donde se desarrolla la familia*.

Tampoco es casual que en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, se dedique al contrato una sola de ellas (la base 20), mas preocupada por dejar establecida su condición de mero título adquisitivo que por su propio contenido, mientras que la propiedad, posesión y derechos reales sean objeto de cinco (de la base 10 a la 14); las sucesiones *mortis causa*, cuatro (de la base 15 a la 18); al matrimonio y relaciones personales derivadas del

mismo, cinco (de la base 3 a la 7); y a las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, otras cuatro (de la base 22 a la 25).

Resulta obvio que este enfoque del Código Civil es tributario de una sociedad preindustrial, en la que el diseño de política legislativa parte del entendimiento de que la riqueza reside en la propiedad fundiaria, y que la transmisión de ésta mediante contrato no tiene la relevancia que tiene la sucesoria, por contra a lo que sucede con la propiedad sobre los bienes muebles cuya relevancia económica no reside tanto en su propiedad como en la realización de su valor mediante los diferentes tipos de contrato, a cuyo fin ya existía un instrumento, que era el Código de Comercio de 1885.

Añádase a ello, desde la óptica normativa, el tenor del art. 11 de la antecitada Constitución de 1876, cuando afirmaba que *La religión católica, apostólica, romana, es la del Estado*, y tendremos pergeñado el escenario, y comprenderemos el sentido de la afirmación de Benito Gutiérrez.

Por otra parte, la conexión entre esas instituciones ha sido puesta de relieve desde una óptica ideológica tan distante a la del citado autor como la marxista. Recordemos que Karl Marx en su Manuscritos Económicos y filosóficos.

Hecha esta somera introducción, pretendo hacer unas consideraciones sobre la estructura y contenido técnico de estas tres instituciones (propiedad, contrato y familia) en el instante temporal que hemos tomado como punto de partida, e intentar unas pinceladas sobre su evolución, en la que se pondrá de relieve cómo el legislador español ha sido sensible a los cambios operados en la familia y el derecho de propiedad, mientras que no lo ha sido en relación al contrato cuya adaptación a la nueva realidad socioeconómica se está produciendo a resultas de impulsos externos.

III.- EL CONTRATO.

Como ya hemos advertido, la Base 20 comenzaba situando al contrato como fuente de obligaciones y mero título de transmisión del dominio, para acto seguido y de forma breve significar que *“continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo”*.

1.- El contrato en el Código Civil.

Ese contrato es delineado en el art. 1254 del CC como un consentimiento o acuerdo de dar o hacer, refrendado por el art. 1258 al reiterar que su perfección es fruto del mero consentimiento, aunque limitada tan genérica

definición por el art. 1261 al exigirle además “*causa de la obligación que se establezca*”.

El diseño, tributario del iusnaturalismo racionalista, es un desarrollo del principio de libertad del individuo y del de igualdad entre ellos, concretado en la antes referida autonomía de la voluntad, que tiene un triple alcance:

1.1.- Libertad para crear, modificar o extinguir un contrato, patente en los citados arts. 1254 y 1258 CC.

1.2.- Libertad para dotar de contenido al contrato, expresado en el art. 1255 del CC: pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente.

1.3.- Rango normativo del contrato creado. “*Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis*”, manifiesto en el art. 1091 CC: el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y debe cumplirse a su tenor.

Ese rango normativo, es la mas clara manifestación del grado de tutela de la autonomía de la voluntad, pues se deja en manos de los particulares la creación de normas jurídicas inter partes, lo que justifica una serie de límites a esa autonomía.

2.- La evolución del contrato y la inactuación del legislador español.

Pues bien, ese modelo de contrato ha ido evolucionando tanto en su estructura, como en su propia fuente formal, evolución que no se ha movido exclusivamente en el ámbito del ordenamiento español, sino prioritariamente en uno de mucho mayor alcance: europeo e internacional.

Y hay que decir que esto ha sido así, afortunadamente para nuestro ordenamiento, ante la absoluta dejadez del legislador español que no ha sido capaz de adaptar el Libro IV del Código Civil, y señaladamente los Libros I (De las obligaciones y contratos) y II (de los contratos), a la nuevas realidades socioeconómicas.

Buen ejemplo de lo que decimos es la frustrada *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación publicado en el año 2009.

Y esa inactuación sobre el Código Civil ha forzado a nuestro legislador a la promulgación de numerosas leyes especiales para poder cumplir con la obligación de trasponer las diferentes directivas de la UE.

De modo que el panorama actual de nuestro sistema contractual, es

ciertamente estrambótico, pues mantenemos una parte general del contrato que responde a unos criterios de política legislativa diferentes y distantes de los que presiden las diferentes leyes especiales que regulan las “nuevas” modalidades contractuales.

Un buen ejemplo de ello, lo tenemos en la regulación de los remedios frente a los vicios o defectos ocultos de la cosa, que en el Código Civil se encauza por la vía de la clásica acción de saneamiento (art. 1484 y ss), mientras que la Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, en sus arts. 3 y 5 (hoy, art. 114 del Texto Refundido LGDC de 2007), lo articula a través de la noción de “no conformidad” o “falta de conformidad”, por la vía de la acción de incumplimiento, cuyo origen se halla en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980 (arts. 35 a 44).

3.- Los hitos evolutivos desde un punto de vista técnico.

Desde un punto de vista técnico, entiendo que los hitos mas relevantes de la evolución del contrato se pueden resumir en 4:

- La aparición de los contratos de adhesión, fruto de la masificación, y posteriormente de las condiciones generales de la contratación.
- La intervención administrativa mediante los contratos necesarios.
- La irrupción de la noción de consumidor, como contratante a proteger.
- La incorporación de las acciones de clase o grupo, y la tutela de interés colectivos o difusos en el derecho privado.

Me voy a detener sólo en estos dos últimos.

3.1.- La noción de consumidor y su incidencia en el campo de la contratación.

La noción de consumidor o usuario es transversal al ordenamiento jurídico, y de ahí su actual reconocimiento en el art. 51 CE, en donde su protección se sitúa como un principio rector de la política social y económica, y por el art. 38 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2010, o las medidas horizontales contenidas en el Título I de la Ley 25/2009 de 22 de diciembre conocida como Ley Omnibus.

Sentado ese carácter, su asunción como concepto jurídico delimitador de un particular estatus por el ordenamiento patrimonial privado, es el hito normativo mas relevante en España y Europa del último siglo en el campo del contrato, comparable en cuanto a su trascendencia al desarrollo del

principio de igualdad entre sexos en el campo familiar, y al establecimiento de la función social como delimitadora del contenido de la propiedad.

Y si queremos seguir con los parangones, comparable al que supuso la aparición del Derecho laboral, mediante el establecimiento de un estatus protector al trabajador como parte contratante, por la misma razón de fondo que en el caso del consumidor: por entender el legislador, bajo la presión de colectivos organizados (sindicatos en un caso, organizaciones de consumidores, en el otro), que no concurría el presupuesto de la igualdad precontractual entre las partes, sobre la que descansa el principio de autonomía de la voluntad como pieza angular del diseño del contrato en el Código Civil.

Las reglas del Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre), relativas a la información previa al contrato (art. 60), a la integración de la información precontractual y de la oferta y promoción en el contenido vinculante del contrato (art. 65 y 61), el derecho de desistimiento (arts. 68 y ss.), las reglas del llamado control de inclusión (art. 80), la noción de cláusula abusiva y su nulidad (arts. 82 y 83), configuran un marco normativo del contrato diferente y alejado del marco general que permanece en el Código Civil, y cuyo engarce requiere importantes esfuerzos voluntaristas.

Con ello, queramos, o no, el principio de autonomía de la voluntad es, si no arrinconado, debilitado o matizado, o incluso superado por el principio de protección al consumidor que se impone al presupuesto de la histórica libertad precontractual, por entender –insisto– que ésta no es real.

3.2.- La incorporación de las acciones de clase o grupo, y la tutela de interés colectivos o difusos en el derecho privado.

Otro de los fenómenos mas destacados en la evolución del derecho privado y procesal de los últimos años del siglo XX y comienzos del XXI, ha consistido en el reconocimiento directo, como una modalidad de interés legítimo, o sea como un título de legitimación procedimental, los intereses supraindividuales o colectivos.

3.2.1.- Esa noción de interés colectivo, tiene su origen en el campo del Ordenamiento público, y se define como el interés común de un grupo de personas, de una categoría de ellas, estructurada o no, cualquiera que sea el elemento que la caracterice. No se trata de la suma de intereses individuales de quienes conforman el grupo, sino del interés del grupo como sujeto.

La primera Sentencia del TS –que conozcamos– en abordar esa conceptualización, fue la de la Sala de lo Social de 25 de Junio 1992, luego reiteradamente citada, dictada en un recurso entablado contra una

Sentencia del TSJB y lo hizo en su F.Dº Segundo:

El interés colectivo se ha definido como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros y como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general.

Por otra parte, la noción de interés difuso nos sitúa ante una modalidad de interés colectivo, caracterizada por que la categoría de sujetos de la que se predica es laxa, no estructurada en una colectividad determinada o de perfiles poco definidos.

Y en nuestro país, en el campo del derecho procesal privado, la irrupción normativa del interés legítimo colectivo, en sus dos facetas (estricta, y amplia o difusa), se ha producido también en sede de consumo, y concretamente de contratos celebrados bajo condiciones generales, por influencia de la presión normativa europea, y mas concretamente por mor de una acción, la llamada acción de cesación en el uso de condiciones generales de la contratación. Acción de cesación e intereses colectivos o difusos, van estrechamente unidos.

El actual art. 6,1,8º LEC y los arts. 53 al 56 del TRLCU son su plasmación legal.

4.- Hitos evolutivos desde la óptica de su fuente material: la europeización.

Como hemos apuntado, la normativa nacional en materia de defensa del consumidor es consecuencia de la actividad de la doctrina europea y de la Unión, pero ésta no sólo se ha ceñido a ese estricto campo, sino que se ha movido, y apunta en la actualidad, a todo el derecho de la contratación.

En suma, la aparición de una nueva fuente material en el ordenamiento español, la Unión Europea, se ha dejado sentir en el ámbito contractual, no sólo a través de la política en materia de consumo y de protección del consumidor como contratante débil, sino también a través del movimiento de unificación del derecho patrimonial privado en Europa que alborea a mediados de los años ochenta y comienza a tomar cuerpo en la Unión en los noventa y siguientes hasta hoy.

4.1.- Los pilares del movimiento de unificación.

Ese movimiento que persigue un horizonte común en materia de Derecho privado, se asienta sobre tres pilares.

Uno, de orden estrictamente económico, ligado al desarrollo del sistema capitalista: los instrumentos jurídicos uniformes agilizan el tráfico jurídico-económico, y permiten rentabilizar, por la vía de la reducción de costes de negociación, conflictividad y resolución, las concretas actividades económicas. La unidad de mercado, requiere instrumentos jurídicos unívocos.

Otro, de orden sociopolítico, ligado a la idea de Europa como unidad político-económica. De la misma forma que los Estados surgidos de la revolución burguesa aspiran a dotarse de un Código Civil único, como instrumento de vertebración de la sociedad civil y de la actividad económica, se está abriendo paso la idea, con enormes dificultades ciertamente, de que la vertebración europea impone un instrumento formalmente similar.

En este aspecto, es patente una tensión entre la Comisión y el Parlamento, en cuyo fondo subyace la disputa entre dos modelos de vertebración: modelo burgés (Europa de los ciudadanos) y modelo empresarial (Europa de los comerciantes o empresarios), bajo el que nació la CCEE.

Dicha tensión no es muy diferente a la que se percibe entre las normas generales de derecho de la contratación de algunos Estados miembros (como España) y las de la Unión, ya que las primeras responden aún en gran medida a la idea del intercambio “justo” entendido como equilibrado entre dos sujetos que libremente deciden contratar, mientras que en el Derecho privado comunitario se prioriza la seguridad en el funcionamiento del mercado y por ende la abolición de las trabas al tráfico comercial y la evitación del falseamiento de la competencia.

Y un tercer pilar, de orden histórico. En efecto, la dicotomía actual entre el sistema continental (civil law) y el sistema angloirlandés (common law), se intenta superar buceando en la fuente compartida del *Ius commune*. En este sentido, es conocido el manifiesto reverdecimiento de los estudios sobre el Derecho Intermedio, y el claro empeño de los juristas europeistas en buscar en sus ordenamientos nacionales el substrato histórico común.

La construcción de un derecho europeo de los contratos ofrece obstáculos técnicos importantes, aunque superables, que se resumen en la existencia de diferentes modelos contractuales en los países europeos, cada uno con su propia historia, como el nuestro, el modelo inglés, el modelo alemán y el modelo francés.

Así, frente a nuestro modelo de contrato causal y espiritualista (voluntad), el francés aunque también espiritualista es abstracto.

Y el ordenamiento alemán ofrece un modelo abstracto de creación doctrinal que centra todo su peso en la declaración de voluntad y en el acto jurídico.

Y el derecho inglés no se preocupa por definir el contrato, dejando en manos de la jurisprudencia la conformación del contrato en base a la noción de “consideration”.

Por eso en los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECLS) se orilla el problema aludiendo sólo a lo que es preciso para crear un contrato: un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato (art. 2:101), mientras que el DCFR (Proyecto de Marco Común de Referencia) acoge una concepción próxima a nuestro derecho y al francés: “un contrato es un acuerdo que hace nacer una relación jurídica obligatoria u otro efecto jurídico” (art. II.- 1:101).

Son tantas las direcciones e iniciativas que no es fácil si quiera resumirlas, o enumerarlas. En mi opinión, por su relevancia hay que citar cuatro: los PECL, los PETL, el DCFR y el CESL.

4.2.- Los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL).

Con esta denominación, Principios del Derecho Contractual Europeo (en inglés *Principles of European Contract Law*, abreviadamente *PECL*), se alude al resultado, de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos (*Commission on European Contract Law*, *CECL*, también llamada Comisión Lando, por razón del apellido de su Presidente). Se constituyó en el año 1980 por el Profesor Ole Lando de la *Copenhagen Business School*, con el patrocinio de la Comisión de la Comunidad Europea, y reunió a trece profesores y juristas de distintos países europeos.

Ciertamente, se trata de trabajos doctrinales, que en sus inicios fueron escasamente apoyados por la Unión Europea o por las fuerzas políticas de los Estados miembros, pero cuya difusión y trascendencia ha hecho que la Unión Europea se suba a ese tren europeizador y lo impulse en los últimos tiempos.

Frente a la denunciada inactividad del legislador español, y al carácter estrictamente doctrinal o académico de dichos principios, es muy significativo que nuestro Tribunal Supremo los haya comenzado a adoptar en sus sentencias, revelando con ello la imperiosa necesidad de adaptar nuestro ordenamiento contractual a las nuevas realidades.

4.2.1.- Podemos citar al respecto, la STS 109/2008 de 3 de diciembre, relativo al incumplimiento de un contrato, en la que frente a la “*voluntad deliberadamente rebelde del deudor*”, *sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento,*

bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte”.

Y en apoyo de esa nueva concepción del incumplimiento, leemos que: *Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial...Este principio se repite en el art. 8.101 (1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el art. 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato.*

Ciertamente reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, concretamente en su artículo 49.1, al tratar del *incumplimiento del vendedor*, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya “un incumplimiento esencial del contrato”, pero es obvio que dicha norma no es aplicable a una compraventa de vid, celebrada en La Rioja entre una conocida bodega allí asentada y un productor local.

4.2.2.- En la STS 344/2010 de 9 de junio, tratándose un problema de interpretación del contrato, y tras sostener que *en nuestro sistema la interpretación de los contratos tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes*, se refuerza ese planteamiento con la cita del *número 1 del artículo 5 :101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos*, así como en el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada en 2009.

4.2.3.- En la STS 201/2011 de 4 de abril, tras enfatizar sobre el hecho de que en nuestro sistema la perfección del contrato descansa sobre la idea del consentimiento de los contratantes, “*sin perjuicio de su vertiente de norma interpretativa como consecuencia del principio de autorresponsabilidad, como tenemos afirmado en las sentencias 371/2010 de 4 de junio (RJ 2010/2669) , y 344/2010 de 19 de julio SIC (RJ 2010/5385)*, nuevamente insiste en que su interpretación tiene por finalidad investigar en qué consintieron realmente los contratantes, su verdadera intención, reforzando la regla del art. 1281 CC, con la cita del *número 1 del artículo 5 :101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL)*).

4.2.4.- Por su parte, la STS 285/2012 de 8 de mayo, y tratándose también

un tema de interpretación del contrato, se sostiene que a diferencia de otros sistemas como el francés o el italiano en que en la interpretación de los contratos se inclinan, de forma explícita y clara, por la prevalencia de la intención de las partes *“El primer párrafo del art. 1281 CC no recoge con la deseable claridad la primacía de lo realmente querido por las partes sobre lo que dijeron querer.*

Y en apoyo de tal conclusión, se alude a las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto en el artículo 4, de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales *“el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”*, y nuevamente al apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos.

4.2.5.- Por último, la STS 485/2012 de 18 de julio, tras reiterar que la moderna jurisprudencia afirma que la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, apoya dicha solución, además de en jurisprudencia anterior de la Sala, nuevamente en los PECL y en la Propuesta de Modernización: *Lo propio acontece con los Principios de Derecho Contractual Europeo que, en el apartado 1 del artículo 9:303, disponen “el ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte”.*

4.3.- Los Principles on European Tort Law (PETL) (Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil).

Son el resultado, publicado en el año 2005, de algo más de diez años de trabajo del llamado *European Group on Tort Law* fundado en 1992 por Jaap Spier —a la sazón Catedrático de Derecho privado en la Universidad de Tilburg— formado por más de una treintena de juristas de diversos países.

Inicialmente, los 36 principios se articulan en forma parecida a los PECL en seis Títulos que se subdividen en capítulos, secciones y artículos, numerados siguiendo una notación decimal en la que el primer dígito —separado de los demás por dos puntos— indica el capítulo, el segundo la sección y los dos últimos el orden del correspondiente artículo dentro de cada sección.

Traigo a colación estos PETL por dos razones. En primer lugar por cuanto aunque están concebidos esencialmente para la responsabilidad extracontractual, es lo cierto que el art. 2:102 al enunciar los intereses protegidos, sitúa en el apartado 4, *la protección de intereses puramente*

patrimoniales o de relaciones contractuales, señalando que *pueden tener un alcance mas limitado*, que la vida, integridad física, dignidad o los derechos reales.

Y en segundo lugar porque nuestro Tribunal Supremo se viene haciendo eco de ellos en sede de responsabilidad contractual. Veámoslo:

4.3.1.- La STS 1085/2008 de 24 de noviembre, en un caso de responsabilidad por un accidente en el metro (responsabilidad contractual), sostuvo que estando atribuida la responsabilidad relativa a la seguridad a la sociedad Metro de Madrid, ésta no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quien presta el servicio de transporte.

4.3.2.- En la STS 102/2009 de 2 de marzo, se excluye la responsabilidad civil de un Registrador de la Propiedad, por que los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizaban a imputarle el daño producido, no obstante el reconocimiento de la negligencia en la que incurrió, *aplicando el criterio de cercanía entre la actividad dañosa y sus efectos (reconocido jurisprudencial y científicamente; verbigracia, en el art. 3:201 a) de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, PETL) se aprecia que el daño producido tiene una relación no inmediata con el error de calificación por parte del registrador....*

c) Aplicando el criterio del fin de protección de la norma infringida (reconocido también en sede jurisprudencial y científica: PETL, art. 3:201 e).

4.3.3.- El Tribunal Supremo, también se va apoyando en los PETL a la hora de dar entrada y delimitar el daño moral derivado del incumplimiento contractual. Así, en la STS 366/2010 de 15 de junio.

4.3.4.- Esta recepción de los PETL por los órganos jurisdiccionales españoles no es exclusiva ni de la Sala 1ª del TS, ni de éste órgano judicial, sino que es perceptible en otros ámbitos. Someramente, recodaré:

- La STSJ de Navarra 14/2011.

- Por su parte, la Sala de lo Social del TS en la STS 11 junio 2012.

- También la Sala de lo Militar, en la STS 3 noviembre 2010, aplica el concepto de daño no patrimonial *contenida en los PETL 10:301*.

4.4.- La Unión Europea: el Proyecto de Marco Común de Referencia. (Draft Common Frame of Reference). DCFR.

La dinámica de la Unión en torno al derecho de los contratos, se inicia con la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de Mayo de 1989, intitulada,

“sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros.

La multitud de vicisitudes posteriores, que he analizado en trabajos anteriores, ha desembocado en los últimos años en realidades tangibles: el llamado DCFR y la propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea.

4.4.1.- El Proyecto Académico del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), DCFR, en seis voluminosos tomos. 2009.

El CFR establece principios, definiciones y reglas modelo de Derecho Civil, incluido el Derecho contractual y de responsabilidad civil, incluyendo disposiciones tanto para los contratos mercantiles como para los de consumo.

Pero, ¿qué es el Proyecto de Marco Común de Referencia?

Como su nombre indica, un marco de referencia para el estudio, análisis y reflexión sobre la legislación y la aplicación del Derecho privado en Europa. Para la Comisión Europea, es, en la jerga propia, una “caja de herramientas”.

Tales normas, aspiran a regular las relaciones contractuales en Europa en forma mediata, provocando su asunción por los legisladores nacionales o el de la Unión. Si se conseguirá ese objetivo, o no, es algo difícil de prever aunque parece que –salvo imponderables no descartables a día de hoy sobre el propio futuro la Unión– el proceso parece irreversible, aunque lento.

Formalmente el DCFR se compone de una Introducción, unos principios, tablas de concordancias con los PECL, y reglas-modelo distribuidas en diez libros, que van acompañadas de términos estándar o definiciones para facilitar su comprensión, uso y aplicación.

El Libro II se dedica a las reglas sobre Contratos y demás actos jurídicos, y en el Capítulo 1, leemos que el contrato “*es un acuerdo que hace nacer una relación jurídica obligatoria u otro efecto jurídico*” (1.101), y acto seguido se define la autonomía de la voluntad (*party autonomy*) (1.102): (1) *Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules*. En el Libro III, se reúnen las normas sobre obligaciones y derechos, y en el IV sobre contratos en particular.

4.4.2.- Su acogida por los tribunales españoles ha sido espectacular, como atestiguan las diez sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los tres últimos años que se fundan en alguna de esas reglas-modelo. Así:

- La STS 870/2009 de 20 de enero, aborda la cuestión de si la responsabilidad de los deudores es solidaria, o no, concluyendo que, *las reglas del*

Draft Common Frame of Reference (DCFR 2009), en el artículo III.-4:103 (2) dicen que si los términos de la obligación no determinan el tipo, la responsabilidad de dos o más deudores que deben cumplir la misma obligación es solidaria, lo que se aplica especialmente cuando sean responsables por el mismo daño.

- En esta misma dirección, la STS 597/2010 de 8 de octubre, señala que el principio de no presunción de solidaridad ha sido matizado y reinterpretado en el sentido de admitir la solidaridad cuando, no siendo expresa, “*existe comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones*” e “*interna conexión entre ellas*”.

Dicha doctrina, aplicada por las sentencias posteriores de 27 julio 2000, 19 abril 2001, entre otras. Se refuerza mediante la cita del “*Art. III.- 4:103 DCFR (Draft of Common Frame of Reference, 2009) dice que si los términos de la obligación no establecen la forma en que los deudores se obligan, la responsabilidad de dos o más en el cumplimiento de la misma obligación es solidaria (trad. propia)*”.

Tampoco nuestra Audiencia Provincial ha sido ajena esta tendencia, como se percibe en la SAP Baleares (4^a) 342/2012 de 17 de julio.

- En la STS 366/2009 de 20 de enero, en sede de interpretación, se refuerza la regla del art. 1284 CC de la interpretación más favorable a la eficacia de los contratos, con la cita del *artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de contratos [PECL]* y del *artículo II.-8:106 del Draft Common frame of reference DCFR*.

- En la STS 261/2010 de 13 de mayo, discutiéndose la interpretación de la causa de ingratitud en la donación del art. 648, 2º CC, se trae a colación el *art. IV.H.-4:201 del Draft of Common Frame of Reference DCFR*, cuando dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (*gross ingratitude*) por haber cometido de forma intencional un daño grave (*serious wrong*) contra el donante.

- Del alcance de la resolución por incumplimiento del contrato versa la STS 380/2010 de 22 de junio, recordando que ésta es una cuestión muy discutida, ya que a salvo lo dispuesto en el Art. 1303 CC, con las salvedades establecidas en las disposiciones siguientes, el Art. 1124 CC no contiene ninguna norma dirigida a determinar cuál es el alcance de la resolución por incumplimiento: “*La doctrina tradicional entiende que se producen dos tipos de efectos, la extinción de las obligaciones y la restitución (Arts. III.-3:509 y 3:510 del Draft of Common Frame of Reference, DCFR y Arts.1202 y 1203 del Proyecto de reforma del CC)*”.

- En la STS 769/2010 de 3 de diciembre, al referirse al canon de conducta en el ejercicio de los derechos, a la buena fe, y mas concretamente al retraso desleal en dicho ejercicio, acude al DCFR: *“O como señala el art. I.-1 :103 (2) del (Draf of Common Frame of Reference), “en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas” (trad. propia). Es decir, lo que se sanciona en el art. 7 CC es una conducta contradictoria del titular del derecho, que ha hecho que la otra parte confiara en la apariencia creada por dicha actuación”.*

- El planteamiento que acabamos de referir aparece en la STS 872/2011 de 12 de diciembre.

Precisamente el juego de la buena fe es uno de los puntos que dificultan la armonización en Europa por su diferente papel en los ordenamientos de los Estados. Desde el muy relevante papel que tiene en el ordenamiento alemán que ha posibilitado el reequilibrio del contrato desequilibrado por alteración de las circunstancias económicas, hasta el nulo papel que tiene en el sistema inglés en el que *“good faith”* es un concepto ajeno al cumplimiento del contrato, que tiene que ser cumplido tal como fue acordado.

Al final, tanto los PECL como el DCFR se han decantado por la inclusión de la buena fe.

- En la STS 306/2011 de 6 de mayo, y en relación a la naturaleza del enriquecimiento sin causa, se sirve del DCFR.

- Sobre el alcance de la obligación restitutoria en el caso de resolución del contrato versa la STS 99/2012 de 29 febrero.

- En esa misma dirección y con el mismo apoyo en el DCFR se pronuncia la STS 103/2012 de 1 de marzo.

4.5.- La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea. (CESL).

La Propuesta de Reglamento del parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011.

Se trata de un instrumento concebido como facultativo, pues su adopción por los operadores no es vinculante, constituyendo una nueva “caja de herramientas”.

IV.- LA FAMILIA.

1.- La familia, en el CC de 1889.

La familia que el legislador del CC toma en consideración se caracterizaba por cuatro notas:

1.1.- Fundada en el matrimonio.

Estaba fundada en el matrimonio entre dos personas de diferente sexo. La posibilidad de que fueran del mismo sexo no era si quiera planteada.

Se trataba de un negocio jurídico, uno de los pocos, en que el sexo de los intervinientes era relevante, constituyendo ello una especificidad normativa.

1.2.- Principio de unidad.

Articulada sobre el principio de unidad, cuya efectividad imponía la discriminación por razón de sexo, en detrimento de la mujer. Exponentes de ello:

- Prohibición de que las hijas de familia mayores de edad, pero menores de 25 años, dejen la casa familiar, sin licencia del padre, salvo para contraer matrimonio o tomar estado (art. 321). No olvidemos que dicho precepto mantuvo su vigencia en este punto hasta la Ley 22 Julio 1972.

- La propia terminología con que se designa a uno y otro contrayente: *varón* (hombre) y *hembra* (mujer) (art. 80,1º).

- Deber de obediencia de la mujer al marido frente al deber de éste de protegerla (art.57).

- Obligación de la mujer de seguir a su marido donde quiera que fije su residencia (art. 58).

- Representación de la mujer por el marido y licencia marital para enajenar y obligarse (arts. 60 y 61).

- En cuanto a la vecindad civil, la mujer seguía la condición del marido (art. 15).

- El adulterio de la mujer era causa de separación en todo caso, pero el del marido sólo si resultaba escándalo público o menosprecio a la mujer (art. 105, 1ª).

- En caso de demanda de separación o nulidad, el art. 68,2º contemplaba como medida: *Depositar la mujer en los casos y formas previstos en la LEC*,

con la que se pretendía garantizar la seguridad de la esposa contra la conducta del marido, así como las faltas que aquella pudiera cometer.

- En el supuesto de separación imputable a la mujer (culpable), el marido mantenía la administración de los bienes de la mujer que sólo tenía derecho a alimentos (art. 73,5°).

- La presunción de legitimidad de los hijos nacidos después de 180 días de la contracción y antes de los 300 siguientes a su disolución, presunción que sólo admitía como prueba en contrario la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del niño. (art. 108).

- Consejo de Familia, como órgano de vigilancia del tutor (art. 201), que incluye hasta 5 parientes del tutelado (Art. 293 y ss).

- El marido es el administrador de los bienes gananciales (1412).

1.3.- Jerarquía, potestad y autoridad.

La patria potestad sobre los hijos recaía en el padre-marido (art. 154), que es el “*cabeza de familia*” (art. 1910), y como tal responsable de los daños que puedan provocar los hijos sujetos a potestad.

Existen dos nociones de cabeza de familia en el CC: la del marido o padre que ejerce la patria potestad del 1910, y la del que ocupa la cabeza de la línea recta descendente en el parentesco, al que el art. 917 llama también cabeza de familia.

- La licencia para el matrimonio, en su caso, debía otorgarla el padre (art. 46 CC).

- Obligación de obediencia de los hijos, mientras permanecieran bajo la patria potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre (art. 154).

- Facultad de corrección y castigo del padre sobre los hijos (art. 155), y de recabar el auxilio gubernativo “*que deberá serle prestado en apoyo de su propia autoridad sobre los hijos*” (art. 156). Facultad que llegaba hasta la posibilidad de reclamar al Juez la detención de hasta un mes del hijo en un establecimiento correccional destinado al efecto, “*bastando la orden del padre, con el visto bueno del Juez*”.

- La madre viuda perdía la patria potestad sobre los hijos habidos si pasare a segundas nupcias, cosa que no ocurría con el padre viudo, quien a pesar de contraer nuevo matrimonio mantenía la patria potestad sobre los hijos del anterior matrimonio (art. 168).

- La prohibición de que en Capitulaciones se acordara algo que fuere

depresivo de la autoridad que corresponda en la familia a los futuros cónyuges, (art. 1316), en contraste con el actual art. 1328, que declara nulos los pactos limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada cónyuge.

- Obligación de los padres de dotar a la hija legítima, salvo que ésta contrajera matrimonio sin su licencia (art. 1340).

- Licencia marital para que la mujer enajenara los bienes dotales (1361) e incluso los parafernales (1387).

1.4.- Confesionalidad.

Deriva de la prohibición del matrimonio civil, cuando uno de los contrayentes profesara la religión católica (art. 42), pues en tal caso sólo podía contraerse el canónico, en consonancia con el ya citado art. 11 de la Constitución de 1876, cuando afirmaba que *La religión católica, apostólica, romana, es la del Estado*.

Consecuencia de ello: indisolubilidad, excepto por muerte de uno de los cónyuges, que hacía del matrimonio el negocio jurídico creador del vínculo interpersonal de mayor intensidad existente en el ordenamiento privado.

Por otra parte, esa estabilidad en la institución fruto de la influencia canónica, se conjugaba a la perfección con el hecho de que el matrimonio era creador de un estado o condición civil de necesaria constancia en el Registro Civil, concebido precisamente éste, años antes, como instrumento para la constancia de tales hechos.

No en vano había coincidido en el tiempo político y cronológico la Ley del Registro Civil de 17 de junio y la Ley del Matrimonio Civil de 18 de junio, ambas de 1870, fruto de la “Gloriosa” y la Constitución de 1869.

Si se pasa revista a la lista de hechos inscribibles recogida en el actual del art. 1 de la LRC, se constata el carácter estable, en algunos casos incluso perpetuo, de todos ellos: nombre y apellidos, modificaciones judiciales de la capacidad, declaración de ausencia y fallecimiento, etc.

1.5.- Indefinición.

Esa familia fundada en el matrimonio, no era definida, a pesar de que el art. 9 CC se refería a los “derechos y deberes de familia”, ni se sentía la necesidad de definirla en el CC, por cuanto la absoluta vertebración de la misma a través de esos 4 principios lo hacía innecesario.

En efecto, la familia en el CC era una organización integrada por un

matrimonio entre personas de distinto sexo, indisoluble, a la que eventualmente se sumaban los hijos legítimos que pudieran tener, sometidos todos ellos a la autoridad del marido o padre, que era el cabeza de familia, y de forma contingente los ascendientes de los cónyuges.

Con todo, la familia como grupo organizado era casi autosuficiente normativamente hablando, de forma que presentaba una muy escasa permeabilidad a las normas civiles.

Dicho de otra forma, el diseño de política legislativa era el de la mínima intervención en ella, por entender que los problemas de relación entre sus miembros debían ser resueltos por ellos mismos, y en último término por el que ostentaba la potestad, mando o autoridad del grupo.

Lo que explica que, sean ajenos a ese momento regulador figuras normativas familiares actuales de claro contenido tuitivo del grupo como son, los de “vivienda familiar”, “ajuar familiar”, “interés familiar”, “cargas de la familia”, “vida de familia”, “núcleo familiar”, “acogimiento familiar” etc.

Conceptos, empero, sin los cuales hoy en día no se podría hablar de familia, pues son los puntales de la estructura reguladora básica de la misma, al haber variado radicalmente el diseño de política legislativa de intervención mínima por el de intervención obligada por imperativo constitucional, como veremos mas adelante.

2.- El buen padre de familia como módulo de diligencia, y su sustitución por la “persona razonable”.

Pero el cambio en el enfoque de política legislativa en torno a la familia no sólo ha variado cuantitativamente (de menor a mayor regulación), sino que también lo ha hecho cualitativamente.

Ya hemos apuntado que el legislador del CC no pretende regular minuciosamente la vida familiar, las relaciones personales entre sus integrantes, que deja en último término a la autoridad del cabeza, sino que toma en consideración la familia como organización relevante en el tráfico patrimonial privado, y por ello regula esencialmente esos aspectos.

Por lo anterior, prácticamente el único aspecto de relación interna que aborda el CC en esa época es el de la supervivencia del propio grupo familiar al ordenar que será a cargo de la sociedad de gananciales el “*sostenimiento de la familia y educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno de los conyuges*” (viejo 1408,5° hoy, 1362,1ª); el 1434 en sede de régimen de separación *al sostenimiento de los cónyuges y de los hijos, así como su educación*; y el 1362 que carga a la dote inestimada los

“gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden, bajo la tolerancia del marido”.

Si a ellos sumamos el derecho de alimentos entre parientes, y la circunstancia de que el Estado no había desarrollado ni un sistema de pensiones ni uno de servicios sociales, obtendremos como resultado que la unidad de la familia formada por hasta tres o mas generaciones, era, mas que deseada por sus miembros, inevitable, aportando los abuelos la titularidad de la vivienda y los hijos las percepciones económicas, compartiendo además la función educacional respecto de los hijos o nietos.

Algo parecido está ocurriendo actualmente, aunque por razones diversas, esencialmente por la carestía de la vivienda, la precariedad laboral y la crisis, que nos sitúa ante los llamados “impares”, e incluso en el otro extremo comienza a percibirse un nuevo fenómeno obligado de familias trigeracionales.

Aquella familia, como organización cerrada y jerarquizada, desarrollaba armónicamente su función en el teatro de la propiedad. Y era precisamente en ese teatro dominical y no en otro, por cuanto –como ya hemos señalado antes– las relaciones patrimoniales trascendentes en esa época eran justamente las reales. De forma que, cuando el CC toma como módulo de conducta media o conducta exigible, la del buen padre de familia lo hace esencialmente en relación a conductas relativas a bienes, a su cuidado o conservación. Veámoslo:

- Art. 270: administración de los bienes del tutelado.
- Art. 497: cuidado de las cosas dadas en usufructo.
- Art. 1094: conservación de las cosas que se han de dar o entregar.
- Art. 1555,2º: conservación de las cosas dadas en arrendamiento.
- Art. 1788: cuidado de las cosas depositadas.
- Art. 1867: cuidado de las cosas recibidas en prenda.
- Art. 1889: cuidado de los bienes por el gestor oficioso de negocios ajenos.

Con todo, es tal la fuerza paradigmática del modelo familiar que también se extiende a conductas insertas en el sector patrimonial no real, en el obligacional. Así:

- Art. 1104: conducta exigible en el cumplimiento de las obligaciones.
- Art. 1719: específicamente en la ejecución del mandato.

En justa correspondencia a lo anterior, también la conducta del buen padre de familia es adoptada como criterio de exención o reducción de

responsabilidad, en dos casos:

- Art. 1801: usos o costumbres del buen padre de familia en materia de juego, como criterio de reducción.

- Art. 1903 in fine: exención de responsabilidad civil por actos de terceros.

Con todo, la STS 1087/2008 de 21 de noviembre, resume el proceso iniciado un año antes por el propio Tribunal de sustitución en el ámbito de la responsabilidad civil de la noción de “*buen padre de familia*” por la de “*persona razonable que se halla en las mismas circunstancias*” en atención al art. 4:102 (1) de los PETL: “*el reproche culpabilístico es obvio que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares de conducta establecidos en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, y que vienen referidos a unos patrones de conducta exigibles a todos (persona razonable), en función la naturaleza y valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la previsibilidad del daño, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la relación de proximidad o de la especial confianza de las personas implicadas y la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos*”.

Los referidos criterios –como ya había indicado la STS 831/2007 de 17 julio– pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la “*diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*” como a “*la que correspondería a un buen padre de familia*” para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos.

3.- La familia como módulo de regulación.

Al margen de esa adopción del *buen padre de familia* como modelo de conducta en el tráfico económico privado general, que se sigue manteniendo en la actualidad, aunque ni la bondad, ni la paternidad, ni la familia, sean las mismas, el CC adoptaba y adopta la familia como criterio de regulación de diferentes figuras patrimoniales. Así:

- El art. 336 contempla las rentas o pensiones *afectas a una familia*.

- El art.495 prevé que el usufructuario que no ha prestado fianza, reclame la asignación de habitación para él y su familia en una casa comprendida en el usufructo.

- Los derechos de uso y habitación del art. 524 CC tienen como modulo delimitador las necesidades del titular *y de su familia*.

- Igualmente, el uso de rebaño o piara, del art. 526 se rige por las necesidades de “consumo” del usuario *y su familia*.

- La facultad de pagar la legítima en metálico, se justificaba por el deseo de conservar indivisa una explotación “*en interés de la familia*”, en el art. 1056 CC. Hoy se ha añadido, “en atención a la conservación de la empresa”.

- En sede de arrendamiento de fincas urbanas, se contempla la posibilidad de rescindir el contrato cuando por razón de las obras se hace inhabitable la parte que el arrendatario *y su familia* necesitan para habitación, ex art. 1558.

- En el inaplicable art. 1584, arrendamiento de criados, se habla del “destinado al servicio personal de su amo, o al de la *familia de éste*”.

- En el art. 1824 se exceptúa de la regla de validez de la fianza prestada por una obligación anulable por defecto de capacidad, al préstamo hecho al *hijo de familia*.

- En el art. 1924 CC cuando se establecen los privilegios generales, en el apartado 2º, F) se recogen *los créditos devengados por anticipaciones hechas al deudor para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado...* Precepto aún vigente en las ejecuciones singulares, y último vestigio de la autoridad del padre de familia.

4.- La irreconocibilidad de la “nueva” familia: ampliación de su ámbito y pérdida de sus pilares tradicionales.

Con el devenir de los años, se ha producido un doble fenómeno de gran trascendencia que hace irreconocible esa familia. En primer lugar, el campo de actuación de la familia ha ampliado sus límites patrimoniales, y en segundo lugar ha perdido los pilares sobre los que normativamente se sustentaba, su núcleo esencial.

4.1.- Actuación patrimonial de la familia.

La actuación patrimonial de la familia ya no se ciñe exclusivamente a la propiedad y a su transmisión *mortis causa*, sino que la trascendencia económica de las relaciones obligacionales hace que abarque a cualquier tipo de relación patrimonial, y señaladamente por ello a las obligacionales.

Esa extensión al campo de las relaciones obligacionales de la familia, no siempre lo ha sido en aras a una protección de la misma o de sus integrantes, sino que también se han hecho derivar consecuencias negativas o prohibitivas

del hecho de ser “familiar”. Un ejemplo, en cada sentido lo ilustrará:

- Positivo o tuitivo. El art 16 Ley 29/1994 de AU, al contemplar la subrogación en caso de muerte del arrendatario de los diferentes integrantes del grupo familiar.

- Negativo. El art. 93,1,1º Ley 22/2003 Concursal que considera “*personas especialmente relacionadas con el concursado*” las que integran el grupo familiar, incluso hasta los cónyuges de los ascendientes, descendientes o hermanos, calificando el art. 92,5º los créditos que pudieran ostentar contra el concursado de “*subordinados*”, aunque objetivamente pudieran ser créditos con privilegio especial (hipotecarios, etc).

4.2.- Pérdida de su anclaje en el matrimonio.

En segundo lugar, la familia ha perdido los pilares sobre los que asentaba, y concretamente ha roto su anclaje con el matrimonio como fundamento exclusivo de ella, y además el matrimonio ha experimentado una revolucionaria transformación normativa.

El matrimonio se ha democratizado, como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad de sexos, desapareciendo la potestad marital (jerarquía del marido) y el principio de unidad por sujeción al régimen del marido.

Ello supuso una auténtica revolución organizativa del modelo codificado de matrimonio, cuyo alcance jurídico ha sido escasamente ponderado.

El matrimonio entre iguales, dejó a la institución sin el elemento básico de vertebración del modelo de familia pergeñado en el Código Civil: la autoridad y potestad del marido. En este “nuevo grupo”, al faltar como criterio de solución de los conflictos el criterio de autoridad de uno de ellos, no van a poder ser resueltos en el seno del mismo, como hasta entonces, sino a través de los poderes del Estado, y concretamente del judicial.

En este sentido, el matrimonio y la familia que genera, pierden la especificidad normativa que le había acompañado en cuanto a la resolución de sus conflictos, y se asimila –en cuanto a diseño legal de solución de conflictos– a cualesquiera otros “grupos” o personas jurídicas, como las comunidad de propietarios, las asociaciones o incluso las sociedades.

4.3.- El nuevo modelo normativo de matrimonio.

El modelo de matrimonio civil general, ya no es el canónico, sino uno diseñado inicialmente sobre el modelo canónico, pero progresivamente alejado del mismo. Hitos de ese alejamiento son:

4.3.1.- La disolución por divorcio, que debilitó el vínculo matrimonial, situándolo al mismo nivel que los negocios duraderos, al admitir la resolución por justa causa.

Nuevamente, pérdida de especificidad normativa y asimilación a los negocios patrimoniales.

4.3.2.- La implantación por la Ley 15/2005 del divorcio a instancia de uno solo de los cónyuges sin alegación de causa, que convierte al matrimonio en el vínculo negocial mas débil del ordenamiento privado.

Paradójicamente, mas débil que la promesa de matrimonio, que sigue inalterada y en la que la ruptura “sin causa” genera obligación de indemnizar ex art. 43 CC.

Debilidad que está llevando a sectores de pensamiento anglosajón, de los que no me encuentro muy alejado, a preguntarse por el sentido que tiene que el ordenamiento jurídico regule una institución basada en un negocio jurídico resoluble por cualquier parte en cualquier instante y circunstancia.

Hasta el punto de que, hoy en día, no me atrevería a calificar de descabellados los planteamiento de quienes proponen que los únicos aspectos del matrimonio que el ordenamiento civil debe abordar son los derivados de la situación de convivencia, y su cese, pues los de filiación son autónomos, dejando en manos de las organizaciones religiosas o asociaciones los aspectos de contracción y de relación personal.

4.3.3.- En esta misma dirección se enmarca la apertura del matrimonio a personas del mismo sexo, operado por la Ley 13/2005 que arrumba el principio histórico de la exigencia de diversidad de sexo, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la STC 198/2012 de 6 de noviembre, volviendo en parte sobre los pasos trazados en el Auto 222/1994 de 11 de julio.

Recordemos que en ese Auto 222/1994 el TC sentó que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera «ope legis» una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990). Este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación, al amparo de lo previsto en el art. 10.2 CE. En sendas Sentencias (caso Rees, 17 de octubre de 1986, y caso Coasey, 27 de septiembre de 1990), ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los

Estados contratantes de regular mediante las Leyes el ejercicio del Derecho de casarse.

Confirmando que “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”.

Ahora la STC 198/2012, que ha declarado ajustada a la CE la indiferencia sexual de los contrayentes, entendiendo que ello no afecta a la garantía institucional de la institución ni al contenido esencial del derecho fundamental a contraer matrimonio.

a) No afecta a la garantía institucional, por entender que ello es conforme a nuestra cultura jurídica y no la hace irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea, postulando una interpretación evolutiva del art. 32 CE, basada en tres ideas:

- La Constitución es un **«árbol vivo»**, —en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— que, a través de una **interpretación evolutiva**, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

- Esa lectura evolutiva de la Constitución “lleva a desarrollar la noción de **cultura jurídica**, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero F. 4; 89/1993, de 12 de marzo, F. 3; 341/1993, de 18 de noviembre, F. 3; 29/1995, de 6 de febrero, F. 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, F. 11). Pues bien, la

cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.

- En nuestro sistema constitucional, el **camino de entrada** de parte de estos elementos conformadores de la **cultura jurídica**, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el **recurso a un principio fundamental de la interpretación** de la Constitución, que es el dispuesto en el **art. 10.2 CE**. La referencia a ese precepto ... nos exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el Título I de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales ... **la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el art. 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005.**

b) El TC entiende que tampoco afecta al contenido esencial del derecho a contraer matrimonio tutelado por el art. 53,1 CE apoyándose en tres ideas:

- Ante todo, porque la dimensión subjetiva del derecho a contraer matrimonio *“impone al legislador, que debe preservarla, la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad que contiene el derecho (en este sentido STC 382/1996, de 18 de diciembre, F. 3).*

- Aunque la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, *“esta modificación, una vez analizado el Derecho Comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales.*

- La nueva regulación del matrimonio no supone una limitación del derecho al matrimonio sino una modificación de las condiciones de ejercicio,

que “no impide el ejercicio del derecho por parte de las personas heterosexuales, en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían, afectando por tanto al contenido esencial de ese derecho”.

- El que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo *“ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil.*

Desde mi punto de vista, en términos jurídicos, no es muy relevante que el TC entienda que cabe el matrimonio entre personas del mismo sexo no, lo que es relevante es que no se percate de que aunque la imagen que tiene la sociedad española actual del matrimonio admite perfectamente esa unidad de sexos, no puede ya definirse –como hace la sentencia– como una *“comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esa institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento...”*(Fundamento Jurídico 9).

Porque, ni el afecto, ni el proyecto de vida familiar común son jurídicamente traducibles; ni puede considerarse un vínculo aquel que es libremente resoluble sin causa, y por que las sociedades de ayuda mutua en sus diversas formas han existido siempre sin que nadie las asimilara o situara en las proximidades del matrimonio.

Se trata, en mi opinión, de una nuevo hito, uno más, en el camino de la pérdida de especificidad normativa, ahora en cuanto al sexo de los contrayentes.

4.3.4.- La desaparición o debilitamiento de las potestades.

Las relaciones paterno-filiales han visto debilitado el contenido de la patria potestad y desaparecido el elemento de autoridad. Así:

- Se mantiene la obligación de obediencia de los hijos, mientras permanecieran bajo la patria potestad, así como el respeto, con supresión de la reverencia (art. 155,1º).

Esa reverencia suprimida es la que es aludida en el art. 1267 in fine CC, cuando excluye de la intimidación como vicio del consentimiento, el *temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto.*

Ahora ya no hay, jurídicamente hablando, personas a las que se deba sumisión y respeto.

- Desaparece la facultad de castigo del padre sobre los hijos, quedando únicamente la de corrección razonable y moderada, y la de recabar el auxilio de la autoridad, pero sin reconocerla a quienes ejercen la patria potestad.

- Se introduce la exigencia de oír a los hijos que tuvieren suficiente juicio “antes de adoptar decisiones que les afecten” (art. 154 in fine).

- El hijo podrá solicitar al Juez la adopción de medidas en caso de incumplimiento por los padres de sus deberes (art. 158), y se le oírán en caso de desacuerdo entre los padres separados sobre el cuidado de cual debe quedar (art. 159).

- Se excluyen de la representación de la patria potestad los actos relativos a derechos de la personalidad (art. 162,1º).

- Al término de la patria potestad, podrán los hijos exigir a sus padres la rendición de cuentas de la administración de sus bienes (art. 168).

En general, podemos decir que, junto al debilitamiento del contenido de la patria potestad, se ha sustituido la autoridad del padre por la autoridad judicial, pergeñando un modelo de intervención judicial muy acusada en la relación paterno-filial. *Los trapos sucios ya no se lavan en casa, sino ante un Juez.*

Precisamente porque la familia ha perdido los instrumentos de cohesión tradicionales, la judicialización ha llegado hasta ella.

5.- Los nuevos modelos de familia.

Han ido apareciendo modelos de familia distintos al fundado en el matrimonio. Concretamente, tres nuevos tipos:

- Figuras autonómicas denominadas “parejas estables” (Ley 18/2001 CAIB), “uniones estables de pareja”, “uniones de hecho”, “parejas estables no casadas”, etc.

- Situaciones de convivencia afectiva “more uxorio” entre personas de distinto o igual sexo. Auténticas situaciones de hecho.

- Familias integradas por un padre/madre y un o unos hijos.

En puridad, las mismas ya eran previstas en el CC al admitir la adopción por una sola persona (art. 175,4), y por supuesto en los casos de filiación natural, o filiación sólo determinada respecto de uno de los progenitores.

6.- Ténue europeización.

La suma de los relatados factores ha provocado un cambio radical en el concepto y regulación de la familia que ha sido plenamente asumido por el legislador español, contrariamente a lo que ha ocurrido con las relaciones contractuales, sin necesidad de presiones exteriores.

La europeización en ese sector es mucho mas ténue que en el contractual, y cabe situar sus inicios a mediados de los años noventa, cuando ya España se había dotado de una Constitución, cuando se plantea la conveniencia de la armonización en este campo, dentro del proceso global de armonización del derecho privado europeo.

Ciertamente, existen no pocos instrumentos comunitarios relativos a aspectos concretos, tales como alimentos, ejecución de sentencias, etc., y existe una Comisión sobre Derecho de Familia Europeo (Commission on European Family Law) (CEFL), creada en el año 2001 por seis académicos con la finalidad de impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica relativo a la armonización del Derecho de familia en Europa.

Ese órgano ha elaborado unos “Principios de Derecho Europeo de Familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados” y unos “Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental”, de escaso éxito normativo y jurisprudencial.

7.- Los elementos definidores de la “nueva” familia.

La cuestión, estriba ahora en determinar cual es la contemplación constitucional de la familia, para deducir de ella y de la doctrina del Tribunal Constitucional los elementos esenciales que la configuran.

7.1.- El art. 39 CE como precepto básico.

Sin duda, el precepto básico en este campo es el art. 39 CE, en sede de principios rectores de la política social y económica, al establecer el mandato a los poderes públicos del *aseguramiento de la protección social, económica y jurídica de la familia*. En el mismo sentido, el art. 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.

Estamos ante la plasmación constitucional de lo que antes hemos llamado el principio de intervención obligada de los poderes públicos en la familia. Así la STS 320/2011 de 12 de mayo, señala que la protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo art. 8 establece, en su párrafo primero, que

“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]”. Dicho artículo ha sido interpretado en el sentido que aquí se mantiene en relación al artículo 39 CE por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 septiembre 2007”.

7.1.1.- Esa idea de protección jurídica de la familia, implica la contemplación por el constituyente de la misma, como una realidad socio-jurídica, como un grupo, relevante en la organización social. Como tal, entiendo que alcanza a la familia la tutela ínsita en los siguientes preceptos:

- Art. 9º,2 *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...*

- Art. 14, cuando prohíbe la *discriminación por razón...de condición o circunstancia personal...*

- Art. 20,3 cuando exige al legislador que *garantice el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado a los grupos sociales significativos...*

- Art.27,5 al establecer la garantía del derecho a la educación por los poderes públicos, *con participación efectiva de todos los sectores afectados...*

7.1.2.- De una forma mas directa y específica, nos encontramos con que:

- Las necesidades de la familia, son, junto a las propias del trabajador, el criterio de delimitación del salario suficiente en el art. 35,1 CE.

- La garantía de las pensiones adecuadas y la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad y la promoción de un sistema de servicios sociales es independiente –ex art. 50 CE– de las obligaciones familiares.

Esto es, los mecanismos privados de supervivencia del grupo familiar (alimentos), no pueden ser excusa para que los poderes públicos se desentiendan de la promoción de servicios sociales.

- La garantía del derecho a la intimidad familiar en el art. 18,1 CE (y en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010) y la expresa limitación del uso de la informática para garantizar esa intimidad familiar del art. 18,4.

Es éste un campo en el que el TC y el TEDH han ido perfilando las fronteras del espacio reservado familiar.

- El parentesco como causa que exime de declarar sobre hechos presuntamente delictivos, en el art. 24,2 in fine CE.

- El derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban formación religiosa, ex art. 27,3, que es un derecho marcadamente familiar.

- El derecho a la intervención en el control y gestión de los centros docentes sostenidos por la Administración, por parte de los padres y alumnos, del art. 27,7.

- Como ya hemos apuntado antes el derecho a contraer matrimonio de hombre y mujer con plena igualdad jurídica del art. 32,1 CE, perfilado en el art 9 de la de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010 como la garantía del “*derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”.

Situados en este punto, podemos preguntarnos por cual es actualmente desde la óptica jurídica la “familia”, lo que equivale a preguntarse por cual es la familia constitucional. Y tras ello, podremos abordar el tema de si existe una garantía institucional de la familia.

8.- La “familia” constitucional.

8.1.- La protección social, económica y jurídica.

Ya hemos visto que el art. 39,1 CE, en sede de principios rectores de la política social y económica, establece el mandato a los poderes públicos del *aseguramiento de la protección social, económica y jurídica de la familia*.

Acto seguido, va pergeñando la estructura de esa familia al referirse en el 39,2 a la *protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea estado civil...*

Y cierra, en el 39,3 con el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos.

8.2.- El concepto constitucional.

Como leemos en la STS 198/2012 de 6 noviembre, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado hasta la fecha al TC, a definir un concepto constitucional de familia, añadiendo que tampoco es el momento de elaborarlo (Fundamento Jurídico 5).

Puestos a realizar esa tarea hermenéutica a la que ha abdicado el TC, podemos principiar advirtiendo que la familia contemplada en la CE es una familia vertical, compuesta como mínimo por una relación de filiación: padre-hijo madre-hijo. Quedarían excluidas las situaciones conocidas hoy como “dinquis”.

8.2.1.- Relación horizontal o vertical.

Sin embargo, creemos que esa conclusión es apresurada, por cuanto la noción de matrimonio como relación jurídica horizontal, que nadie duda que se halla unida, aunque no de forma excluyente, a la de familia, no implica necesariamente descendencia ni verticalidad. Este es, además, el criterio del TC:

- STC 45/1989 de 20 Febrero, en relación al concepto de unidad familiar en la Ley IRPF: *“sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Convenio de Roma...”*

- STC 197/1991 de 17 Octubre, en torno a la intimidad familiar, incluyendo en ella *“ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos”*.

- De forma directa, la STC 222/1992 de 11 de Diciembre, afirma que *“en el concepto constitucional de familia entra, sin duda, el supuesto de matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo”*.

8.2.2.- Familia y matrimonio.

Aclarado este punto, queda otro: el de si el concepto de familia se ciñe a la matrimonial, o no. La respuesta negativa es diáfana.

La STC 222/1992 de 11 de Diciembre, que acabamos de citar, lo aclara: *“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se obtiene no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (arts. 1,1 y 9,2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”*.

Observemos cómo esa conexión de la familia al carácter social del Estado, armoniza a la perfección con el hecho de que también el derecho de propiedad constitucionalmente reconocido se halla limitado por su función social ex art. 33,2 CE, de forma que han seguido un parecido recorrido.

En parecidos términos la STEDH de 13 de julio de 2000, pregona en relación al art. 8 del Convenio, que *el concepto de familia no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras*

relaciones «familiares» factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula «familiar» desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar

8.3.- El tratamiento de los diferentes modelos.

La existencia de dos modelos familiares reconducibles a la familia constitucional, con sus submodelos (matrimonio a secas, convivencia more uxorio normada o no, matrimonio con hijos, padre-hijos o madre-hijos) plantea la cuestión de si ello impone al legislador ordinario una igualdad de trato, o al contrario, una diferenciación necesaria.

El TC ha entendido que, ni lo uno, ni lo otro. O sea, que:

- ni cabe derivar del art. 39 CE una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales (STC 47/1993 de 8 Febrero),

- ni se impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales (STC 184/1990),

- y que por consiguiente, toda distinción entre unas y otras no puede decirse que sea incompatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14 (STC 74/1997 de 21 Abril).

Observemos que esa posible diferencia de trato sólo afectaría a las relaciones horizontales de la familia, nunca a las verticales, que al ser de filiación son expresamente equiparadas por el art. 39,2 CE.

Concretamente el TC ha tenido ocasión de aplicar el criterio de distinción en los casos de pensiones, en los que ha rechazado la equiparación (STC 174/2004), mientras que la ha mantenido en sede de arrendamientos urbanos y de indemnizaciones (STC 180/2001). En la misma dirección se manifiesta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para quien la diferencia de trato es posible cuando tiene una justificación objetiva y razonable, bien por perseguir un fin legítimo, bien por constituir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado (STEDH 18 julio 1994 (TEDH 1994/27) “caso Karlheinz c. Alemania”, y 21 diciembre 1999 (TEDH 1999/72), “Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal”), por lo que “la protección de la familia tradicional” constituye una justificación razonable para la diferencia de trato legislativa entre uniones matrimoniales y uniones de hecho, al menos por lo que se refiere al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad.

8.4.- Efectos patrimoniales de la familia no matrimonial.

De cualquier forma, el problema básico que plantean esas familias no matrimoniales es el de los efectos patrimoniales de su extinción. Nuevamente la familia en el teatro de las relaciones patrimoniales.

Esta cuestión, como es sabido, ha sido abordado por la jurisprudencia con soluciones harto diferentes, que van desde la negación de efectos indemnizatorios o compensatorios, a:

- la concesión de indemnización en base al art. 1902 CC (STS 16 Diciembre 1996);
- o la de pensión compensatoria por aplicación analógica del art. 97 CC (STS 16 Julio 2002);
- disolución de comunidad de bienes (STS 4 Junio 1998);
- disolución de sociedad irregular (STS 18 Marzo 1995);
- enriquecimiento injustificado (STS 11 Diciembre 1992);
- analogía en la aplicación en las reglas de la vivienda conyugal, art. 96 CC (STS 16 Diciembre 1996);
- principio de protección del convivente perjudicado (STS 27 Marzo 2001);
- o principio de la buena fe y el abuso del derecho en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social (STS 13 Junio 1986).

La STS del Pleno de la Sala 1ª de 12 Septiembre 2005, resolvió la cuestión aplicando un principio general del derecho obtenido por analogía iuris relativo al enriquecimiento injusto, denegando, en el caso, la pensión compensatoria solicitada. Con dos votos particulares.

Cuestión distinta es la de las familias autonómicas, o situaciones convivenciales amparadas por una de las leyes autonómicas, a las que obviamente habrá que remitirse en cada caso, y que nos sitúan ante un tercer tipo familiar no homogéneo, intercalado entre la matrimonial y la de hecho.

9.- ¿Existe una garantía institucional de la familia?

O lo que es lo mismo, ¿la CE garantiza la existencia de un reducto indisponible o núcleo esencial de la familia?

La respuesta es afirmativa, y ello significa, como dijo la STC 26/1987, que el legislador *se halla obligado a preservarla en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.*

Esto es, la garantía institucional conecta directamente con la conciencia social de cada tiempo y lugar, lo cual no significa que la institución carezca de un núcleo esencial inamovible.

Este núcleo, en mi opinión, se compone de tres factores, uno constante y otros dos que pueden concurrir de forma conjunta o alternativa, según sea el primero.

- El primero, es el substrato personal, compuesto por un mínimo de dos personas unidas por una relación de convivencia, matrimonial o de filiación. Los argumentos legales ya han sido expuestos.

Añadir ahora que, en la medida en que ese substrato sea el matrimonial, existe la reserva de competencia exclusiva del Estado sobre las “*relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio*” del art. 149,1,8ª CE.

- Un principio rector de la relación horizontal que es el de igualdad. Art. 32,1 CE.

- Otro principio rector de la relación vertical o de filiación que se encarna en la obligación de alimentos.

En consecuencia, cualquier otro grupo que socialmente se presente o actúe como una familia sin cumplir con los elementos indicados, cae fuera de la garantía institucional de la familia, no es una familia desde la óptica de la constitución y, por ende, no merece tutela o protección en cuanto tal.

Así, concretamente la STC 45/1989 de 20 Febrero, nos dice que *el concepto de familia y matrimonio que alienta en los arts. 39 y 32 es incompatible con una concepción de grupo en la que sólo es sui iuris la cabeza, y alieni iuris todo el resto de sus integrantes.*

Lo dicho significa que, como reconoció el TC en STC 116/1999 de 17 de Junio, y ha plenamente confirmado la STC 198/2012 de 6 noviembre, no integran la garantía institucional de la familia, ni la heterosexualidad del matrimonio, ni la posibilidad de que de él deriven relaciones paterno-filiales.

V.- DERECHO DE PROPIEDAD.

1.- El modelo de la Constitución de 1876 y el Código Civil.

La propiedad privada, había sido reconocida en la Constitución de 1876 desde una perspectiva defensiva, en el art. 10 (*No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este*

requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado).

Esa propiedad que llega a nuestro Código Civil, responde al modelo liberal cuya base filosófica es el iusnaturalismo racionalista (como la noción de contrato), aunque atemperada frente al modelo del Code francés de 1803 (art. 544) respecto del que se suprime la adjetivación de la facultad de goce y disposición como “*de la manera mas absoluta*”.

Esto es así, por cuanto la “propiedad” a finales del siglo XIX en España, ya había iniciado su proceso de “modernización”, estaba perdiendo su anclaje en lo rústico, aunque seguía siendo fundiaria, y se hallaba en el camino de superación de la trilogía propiedad-sucesión-familia para unir su destino al del contrato, presentándose como un objeto de tráfico jurídico-económico, incluso mercantil, al modo en que ya lo eran los bienes muebles.

2.- La evolución desde la propiedad fundiaria individualista a la propiedad como objeto de tráfico: desamortización, sistema bancario, ferrocarril y urbanismo.

En la base de esa evolución se hallaban cuatro fenómenos económicos que habían tenido su correspondiente traducción jurídica y consolidación a mediados del siglo XIX. Me refiero a la desamortización, a la ordenación del incipiente sistema bancario, al ferrocarril y al alborear del urbanismo.

2.1.- La desamortización.

La desamortización introdujo en el tráfico un importante número de bienes inmuebles que con anterioridad se hallaban sustraídos al mismo, produciéndose un efecto de división de los bienes y multiplicación del número de propietarios.

2.1.1.- El Decreto de 19 de febrero de 1836..

Ese decreto de desamortización, *atendiendo a la necesidad y conveniencia de disminuir la deuda pública consolidada, y de entregar al interés individual la masa de bienes raíces, que han venido a ser propiedad de la nación, a fin de que la agricultura y el comercio saquen de ellos las ventajas que no podrían conseguirse por entero en su actual estado*, en su art. 1º declaraba “*en venta desde ahora todos los bienes raíces de cualquier clase, que hubiesen pertenecido a las comunidades y corporaciones religiosas extinguidas, y los demás que hayan sido adjudicados a la nación por cualquier título o motivo y también todos los que en adelante lo fueren desde el acto de su adjudicación*”.

El art. 10 contemplaba que el pago del precio del remate podía hacerse con títulos de deuda consolidada o en dinero efectivo, en un plazo de dieciséis años (arts. 14 y 15) con garantía hipotecaria sobre el mismo bien (art. 16).

2.1.2.- La Ley de desamortización de 4 de mayo de 1855..

En su art. 1º declaraba en estado de venta *todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado, el clero, órdenes militares de Santiago, Alcántara, Calatrava, Montesa y San Juan de Jerusalem, cofradías obras pías y santuarios, propios y comunes de los pueblos, beneficencia, instrucción pública* y en general a las manos muertas. En el art. 3º se ordenaba que las ventas en pública subasta se verificaran “*con la mayor división posible de las fincas, siempre que no perjudique a su valor*”.

2.2.- El sistema bancario.

La historia moderna de la banca española comienza con la aparición de dos leyes salidas de las Cortes del Bienio Progresista: la Ley de Bancos de Emisión y la Ley de Sociedades de Crédito, ambas de fecha 28 de enero de 1856.

2.2.1.- La Ley de Bancos de Emisión.

Establecía en su art. 1º la red denominación del Banco de San Fernando que pasaba a ser el Banco de España, y el art. 9º facultaba a ese Banco, al de Barcelona, al de Cádiz y a los que se constituyeran en otras provincias a emitir billetes por un importe igual al triple de su capital en efectivo.

La creación de dieciocho bancos emisores mas en diez años generalizó el uso del papel-moneda y aumentó la oferta de servicios financieros.

2.2.2.- La Ley de Sociedades de Crédito.

En su art. 1º decretaba que *Las sociedades anónimas de crédito podrán establecerse en España con sujeción a lo dispuesto en esta ley y a las que rijan sobre sociedades anónimas, en lo que no fue modificada por la presente.*

Y en el art. 4ª describía las nueve diferentes operaciones que podían realizar, desde suscribir empréstitos con el Gobierno a *crear toda clase de empresas de caminos de hierro, canales, fábricas, minas, dársenas...* y cualesquiera otras empresas industriales o de utilidad pública. Precisamente a la financiación de esas empresas de caminos de hierro y a actuaciones urbanísticas se dedicaron básicamente esas nuevas sociedades.

En Madrid se fundaron, con la colaboración de capital francés, tres de las sociedades anónimas más importantes del país: los hermanos Péreire levantaron la Sociedad de Crédito Mobiliario Español, los Rothschild auspiciaron la creación de la Sociedad Española Mercantil e Industrial y el financiero Prost con los hermanos Guilhou promovieron la Compañía General de Crédito.

2.2.3.- La crisis de 1866.

Como es sabido, la expansión financiera llegó a su fin en 1866, frenada por la crisis económica, agravada por la frustración de las expectativas de beneficios que debía generar el ferrocarril, el importante endeudamiento que supuso su construcción y la incapacidad del Estado para hacer frente al pago de la deuda pública. Las sociedades de crédito y los bancos de emisión entraron en disolución o quiebra y el sistema financiero no se recuperó hasta principios del siglo XX.

Pero en el ínterin tuvieron lugar tres hitos legales importantes: la liberalización de la creación de bancos y sociedades, la creación del Banco Hipotecario de España y la concesión del monopolio de emisión al Banco de España.

2.2.4.- La Ley de 19 de octubre de 1869 y la libertad de creación de compañías mercantiles.

La referida ley declaró —en su art. 1º— *Desde la publicación de la presente Ley (Gaceta de Madrid del 21 de octubre), libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento y de Sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósitos, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias y demás asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio.*

O sea, derogaba la Ley de 28 de enero de 1848 que en su art. 1º prohibía *la constitución de compañías mercantiles, cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones, sino en virtud de una ley o de un Real Decreto.*

2.2.5.- Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco Hipotecario.

El art. 10 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, *“crea en Madrid un banco de crédito territorial con el título de Banco Hipotecario de España”*. Y en el art. 11 se *autoriza al Gobierno para conceder al Banco de París y los Países Bajos la facultad de crear el Banco Hipotecario de España a que se refiere el artículo anterior...*”.

En el art. 25, entre las operaciones que podía realizar, además de los préstamos con primera hipoteca de bienes inmuebles, se contemplaba la emisión de cédulas hipotecarias y su negociación.

2.2.6.- El Decreto de 17 de marzo de 1874: el Banco de España como único banco emisor.

En su art. 1º estableció *por medio de un Banco Nacional la circulación fiduciaria única, en sustitución de la que hoy existe en varias provincias, por medio de Bancos de emisión, a cuyo fin el de España se reorganizará....*

En el art. 2º se decretaba que ese Banco de España sería *el único de emisión debidamente autorizado y con el carácter de nacional..*

2.3.- El desarrollo del ferrocarril.

Su irrupción en España dinamizó la economía de mediados del siglo XIX, provocando la aparición de la Ley de 3 de junio de 1855, la primera ley de ferrocarriles.

En el art. 3º declaraba de dominio público *todas las líneas de ferrocarriles destinadas al servicio general*, y sus obras consideradas *de utilidad general*.

El art. 6º sujetaba a concesión la construcción de todas las líneas (tanto la de servicios general como particular), y en el art. 19 establecía que *los capitales extranjeros que se empleen en la construcción de ferrocarriles o en empréstitos para este objeto quedan bajo la salvaguardia del Estado y están exentos de represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra*. Y el art. 46 permitía al Gobierno *autorizar provisionalmente la constitución de compañías por acciones que tengan por objeto la construcción y explotación de los ferrocarriles...*

Aparecieron así, como mas relevantes con capital extranjero, la Compañía de los ferrocarriles de Madrid a Zaragoza y Alicante (M.Z.A.), y la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España, auspiciada la primera por los Rothschild y la segunda por los hermanos Pereire, o sea las antes citadas Sociedad Española Mercantil e Industrial, y la Sociedad de Crédito Mobiliario Español.

2.4.- El incipiente urbanismo.

También a mediados del siglo XIX, se inicia una dinámica generalizada en las ciudades españolas que propugna el derribo de sus murallas, al objeto de permitir ensancharlas para disponer de suelo para cubrir las necesidades de habitación de la población rural que se iba asentando en la

ciudad, así como para cubrir las necesidades de la incipiente industria y las nuevas actividades con requisitos intensivos de suelo, como el ferrocarril. Esa demanda de suelo no podía satisfacerse con el existente en los cascos antiguos.

Ciertamente, los ensanches podían haber respetado las murallas, pero en la decisión de derribarlas no sólo concurrían exigencias inmobiliarias, sino también otras como la desaparición de su función defensiva, o el tufo aduanero o fiscal que tenían, antagónico al espíritu del capitalismo y el libre comercio.

Legalmente, ello se tradujo en las llamadas leyes de ensanche. Concretamente:

2.4.1.- La Ley sobre el ensanche y mejora del puerto de Barcelona de 25 de abril de 1856, y su modificación por la Ley de 20 de abril de 1859.

2.4.2.- La Ley sobre reforma, saneamiento y ensanche de poblaciones de 29 de junio de 1864, que en el art. 1º declaraba *de utilidad pública dichas obras en lo que se refiere a calles, plazas, mercados y paseos*, y en el art. 14 rebajaba a la mitad, en los primeros seis años, el impuesto de transmisión de la propiedad de los edificios construidos en los ensanches.

Dicha ley pretendió ordenar la situación, atribuyendo a los municipios la gestión de las diferentes operaciones urbanísticas, expropiando los terrenos destinados a uso público y realizando las obras y servicios necesarios.

2.4.3.- La Ley de 22 de diciembre de 1876 que sustituye a la anterior, y que en cuanto a Madrid y Barcelona fue derogada y sustituida por la Ley de 26 de julio de 1892, conocida como la Ley de ensanche de Madrid y Barcelona.

En suma, la desamortización, el desarrollo del ferrocarril, el impulso y primigenia ordenación del sector bancario, y el urbanismo plasmado en los ensanches de las ciudades, imponían un diseño de propiedad nuevo, y por decirlo claramente primando el aspecto especulativo (jurídicamente traducido en el poder de disposición) sobre el inmovilizado (cuya traducción jurídica es el poder de goce), máxime si se cae en la cuenta de que gran parte del capital que estaba invirtiendo en ello era extranjero.

3.- El derecho de propiedad como objeto de tráfico y garantía: la Ley Hipotecaria de 1861.

Como hemos apuntado, desde el punto de vista técnico, lo relevante en el contenido del derecho de propiedad, desde esta nueva perspectiva, no es tanto la facultad de goce del propietario como la de disposición, y para que esta

facultad dispositiva se ejercite eficientemente es preciso que exista una mínima seguridad en cuanto a la titularidad y en cuanto al objeto del derecho, porque ello posibilitará tanto la célere circulación de bienes, incluidos los inmuebles, como la obtención de numerario mediante la garantía hipotecaria.

Ello propició, o mejor, hizo inevitable, la aparición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 que al instaurar el Registro de la Propiedad cubrió esas exigencias de seguridad.

En suma, esa es la propiedad que se acoge en el art. 348 del CC, una propiedad en la que –por las razones antecitadas– las facultades de goce y disposición ya no son absolutas sino limitadas por la ley.

4.- La evolución a lo largo del siglo XX: la propiedad social.

A partir de ese instante temporal, el derecho de propiedad va a seguir experimentando una transformación, al impulso de la corriente social que impregna los inicios del siglo XX, hasta que es recogida por la Constitución de 1978.

Como ya advertimos al hablar del contrato, uno de los fenómenos mas destacados en la evolución del derecho privado de los últimos años del siglo XX y comienzos del XXI, ha consistido en romper normativamente hablando el viejo anclaje individualista que impregna los Códigos Civiles europeos, mediante el reconocimiento directo, como una modalidad de interés legítimo, de intereses supraindividuales o colectivos.

En efecto, a principios del siglo XX en toda Europa se ha comenzado a hablar de lo “social” como noción ínsita al derecho civil, y mas particularmente al derecho de propiedad. De esta forma, aparecerán junto a ese derecho tres conceptos históricamente alejados del mismo, como son la de “deber”, “límites” y “función social”.

Ciertamente, el desfasado marco constitucional que arranca de la Constitución de 1876 no será modificado hasta la Constitución de 1931, en cuyo art. 42 se afirmaba que *“Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.- La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.- Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.- Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.- El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación*

de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.- En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.

5.- El derecho de propiedad en el actual ordenamiento jurídico español.

Desde el plano normativo es la institución que, comparada con las dos anteriores (contrato y familia) ha sido menos permeable a influencias ajenas a nuestro propio ordenamiento.

El art. 33,1 de la CE, reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, evidenciando la ancestral pervivencia de la conexión propiedad-sucesión *mortis causa*. Y en su segundo apartado establece que *la función social de estos derechos, delimitará su contenido*.

Voy a tratar aquí tres aspectos que, aunque ya he tratado en anteriores publicaciones sobre el derecho de propiedad, presentan derivaciones tan importantes como ellos mismas: el papel del artículo 33 CE como unificador de la institución, el concepto obtenido por la lectura conjunta de los artículos 348 CC y 33 CE y los temas que sugiere, y finalmente, la naturaleza subjetiva del derecho de propiedad así configurado.

5.1.- El concepto general y unitario del derecho de propiedad versus la diversificación de estatutos.

El primer aspecto importante del artículo 33,2 CE, estriba en que uniforma los posibles estatutos de la propiedad que habían ido apareciendo a lo largo del tiempo en función del objeto sobre el que recae el derecho, bajo el manto de la función social.

El concepto resultante, es global o general, pero cualquier concreción de él llevada a cabo por el legislador, debe ser reconducible a ese tipo genérico, con lo que se patentiza su virtualidad.

Podría decirse que si bien no existe “la” propiedad como institución unitaria, lo que sí existe es una única estructura jurídica conformadora del derecho de propiedad, constitucionalmente garantizada, y a la que son reconducibles todas las particulares instituciones propietarias.

La llamada “diversificación de estatutos de la propiedad” o pluralidad de propiedades, sostenida aún hoy en día por una cierta jurisprudencia, fue en realidad el resultado de la concurrencia de dos factores, cuya desaparición debe provocar idéntico efecto en ese resultado diversificador. Estos dos factores son:

5.1.1.- El concepto individualista del derecho de propiedad, que convierte al Estado, en garante de un derecho subjetivo pleno e ilimitado sobre los diferentes objetos posibles. Plenitud que acaba provocando una relación osmótica entre derecho y objeto, con el resultado final de identificación entre ambos.

5.1.2.- En segundo lugar, el propio objeto del derecho de propiedad, que en los momentos de la codificación seguía siendo prevalentemente fundiario.

El derecho de propiedad, aúna estos dos factores, y se presenta como un derecho pleno e ilimitado sobre la tierra o como la tierra misma.

Los inicios del capitalismo moderno, supondrán una pausada pero continua desaparición de ese segundo factor, al ir apareciendo otros posibles objetos del derecho de propiedad con parecida o mayor trascendencia económica, señaladamente los títulos societarios. Y respecto de esos objetos, no se precisa ningún poder pleno e ilimitado, los intereses de su titular se satisfacen igualmente con el ejercicio de un poder menos excluyente.

Si esto es así, estamos ya ante una primera diversificación: por una parte, la propiedad de la tierra que continúa consistiendo en un poder pleno e ilimitado, y por otra las restantes “propiedades” como poderes menos plenos. De ahí que, en contra de lo que en ocasiones se sostiene, la idea de diversificación de los estatutos de la propiedad, ya fuera advertida, por algunos autores, en el pasado siglo XIX, que no se referían a diferentes derechos de propiedad o estatutos de la misma, pero sí a diferentes “formas” de propiedad.

El siguiente paso, en una fase más avanzada del capitalismo, es el de distinguir dentro de la propiedad fundiaria, diversos objetos, subdistinguir “propiedades” inmobiliarias, como consecuencia de la sectorización de la actividad económica, y dentro de ellas, mantener en unos casos el poder pleno e ilimitado, y en otros, dejar al titular con unos poderes de intensidad similar a los de los propietarios de objetos no fundiarios. Se hablará entonces, de diferentes derecho de propiedad, con “estatutos diferentes” en armonía con los fines perseguidos.

5.2.- La función social.

El último escalón, en el que se sitúa el artículo 33,2 CE, es el de arrinconar definitivamente la propiedad como derecho subjetivo pleno –en los términos que venía siendo entendido– salvo los límites y limitaciones concretamente establecidos, desapareciendo la nota de plenitud en todos los casos, o sea, independientemente del objeto sobre el que recaiga, y sustituyendo esta nota, en todo caso, por la de “función social”.

De modo, que la historia de la debilitación de la “plenitud” del poder del propietario, es la otra cara, de la del ascenso de la función social.

En esta dirección el TC en su sentencia 37/1987 de 26 de marzo sostuvo que *“la referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido, pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señoría sobre un bien objeto del dominio reservado a su titular... Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente... en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”*.

Ahora bien, desaparecidos los factores de diversificación, ya no tiene sentido hablar de diferentes propiedades.

Dicho de otra forma, en el actual ordenamiento jurídico, la función social cumple el papel unificador que el poder pleno e ilimitado cumplía para los revolucionarios franceses. Por descontado, que esta evolución de dos siglos, presenta otros elementos de complejidad, y sus motores son varios, pero su esquema elemental es el descrito.

5.2.1.- Esta caída del cariz individualista del derecho de propiedad, fue analizada por el Tribunal Constitucional en sus primeros años de existencia, desde diferentes enfoques.

a) Primeramente, tuvo ocasión de clarificar, en su sentencia de 2 de diciembre de 1983, que los *“derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, gozan de un menor nivel de protección constitucional y tienen como límite su función social (artículo 33,2) y las exigencias de la economía nacional”* (504), como corolario de la propia situación del artículo 33 en la Constitución (Sección 2ª., y no 1ª del Capítulo II, Título I).

b) En otra ocasión, el 17 de febrero de 1984, enjuiciando la cuestión desde la óptica de la operatividad de la función social, señaló que *“Existen ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social”* (505).

c) Tampoco faltan decisiones en las que de manera directa, se encarga de esclarecer la necesidad de que el Estado intervenga mediante la adopción de los correspondientes instrumentos formales, para establecer los mecanismos jurídicos materiales tendentes a hacer efectiva esa función social. Así, en la STC de 7 de febrero de 1984, sostiene que *“El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social –reflejado en diversos preceptos de la Constitución– conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos –especialmente los de contenido patrimonial como el de propiedad–”*.

d) Sobre todo, hay que referirse a la sentencia 37/1987 de 26 de marzo, en la que se insiste en la insuficiencia del art. 348 como dato conceptuador del derecho de propiedad, pues *“la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código civil...”*. Y posteriormente, insiste en que *“debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión... de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código civil, declinando en el siglo XIX, dispuso con carácter general en su art. 348, porque tal pretensión no tiene en cuenta para nada las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto...”*.

e) Más recientemente, a partir de la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, proyectándola sobre el derecho a la propiedad privada y poniendo en estrecha conexión los tres apartados del art. 33 CE, que revelan la naturaleza del derecho en su formulación constitucional, la STC 112/2006 de 5 de abril concluye *«que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del*

derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, o 204/2004, de 18 de noviembre, entre otras).

Esa misma jurisprudencia ha destacado que corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable: *“Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, lo que no supone, claro está, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita «anular la utilidad meramente individual del derecho» o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar «las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho» STC 170/1989, de 19 de octubre (RTC 1989, 170)”*.

5.2.2.- La citada doctrina coincide con lo que habíamos apuntado ya en el año 1988, al sostener que el papel técnico de la función social era el de delimitar el contenido del derecho subjetivo, ya que del artículo 33,2 CE, se deduce que en ningún caso cabe predicar la función social de la propiedad como institución o incluso como derecho subjetivo.

Es decir, la propiedad no es una función social, en nuestro texto constitucional, como se sostuvo por el sociologismo jurídico, tanto en Francia como en Alemania o Italia. Ni tampoco cabe decir que la propiedad, que el derecho de propiedad, es reconocido porque cumple una función social. O sea, que su existencia como derecho individual se justifica por el servicio que el mismo presta a la sociedad.

O mejor, ello no cabe deducirlo del artículo 33,2 CE, pues en todo caso, sería el resultado, discutible por lo demás, de un enfoque filosófico-político previo al ordenamiento positivo.

Lo que puede afirmarse con visos de objetividad, es que en nuestro artículo 33,2, la función social se sitúa en el plano técnico interno al derecho, como delimitación de su contenido. Por lo tanto, hay que puntualizar que, el reconocimiento que realiza el artículo 33,1 CE del derecho de propiedad privada, no es adjetivado en modo alguno por el núm. 2 del mismo artículo. El rol de la función social, en ese núm. 2, es interno al

propio derecho de propiedad, al estar ubicada en el plano de su contenido “delimitándolo”.

Dando un paso más, resulta que el derecho de propiedad, sigue estando configurado en nuestro ordenamiento jurídico, como un derecho subjetivo que tutela intereses individuales (los del propietario), pero que el poder conferido individualmente para satisfacer intereses de la misma índole, tiene su frontera en el cumplimiento de funciones sociales. O, en palabras del TC, utilidad individual y función social definen... inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad, en sentido negativo: cuando no haya cumplimiento de la función social, desaparecerá el reconocimiento y la tutela constitucional.

Independientemente de cuál sea el cariz de este juego, la circunstancia que acabamos de fijar, separa a este derecho subjetivo de los restantes. Me explicaré.

Podría decirse que, en realidad, todos los derechos subjetivos tienen su frontera en el cumplimiento de funciones sociales, ya que el artículo 7º,2 CC “no ampara” “el ejercicio antisocial” de los derechos. Sin embargo, las diferencias de predicado de la función social en ese artículo y en el caso concreto del 33,2 CE respecto del derecho de propiedad, son notables.

El primer precepto se mueve en el campo del ejercicio, no en el de la configuración estructural del derecho, y la función social sólo aparece cuando este ejercicio “sobrepase manifiestamente los límites normales”. Esto es, se topa con la función social, cuando se traspasan las fronteras del derecho en el momento de su ejercicio.

El segundo precepto, el del artículo 33,2 referido en concreto al derecho de propiedad, nos muestra la función social en sede estructural del derecho, como criterio determinante de su contenido, por lo que sin necesidad de sobrepasar los linderos de ese derecho, y sin siquiera necesidad de acudir al terreno del ejercicio, hallamos la función social.

Esta es la gran diferencia, desde esta perspectiva, que media entre el derecho de propiedad y los restantes derechos subjetivos, una diferencia técnica, basada en que éstos carecen de un factor estructural (la función social) presente en el de propiedad.

5.3.- El concepto unitario y el contenido esencial.

Retornando al tratamiento constitucional del derecho de propiedad, lo que sí es cierto es que en la Constitución no se halla “todo” el concepto del derecho de propiedad, pues para nada se alude a las facultades derivantes del poder del propietario o titular. Las presupone, eso sí, pues las “delimi-

ta”, y de esta forma mantiene parcialmente en vigor el artículo 348 del CC.

Antes de la entrada en vigor de la CE de 1978, quien pretendiera elaborar un concepto del derecho de propiedad debía imperiosamente dirigirse al Código civil (artículo 348), y de él trasladarse al estudio de las diferentes leyes especiales que contemplaban particulares estatutos.

Mientras que el CC ofrecía un concepto general del derecho de propiedad, casi con pretensiones de atemporalidad, las leyes especiales se encargaban de situarlo en instantes temporales concretos y en realidades económicas igualmente específicas.

Y, sin embargo, no existía ningún principio de jerarquía que mediara entre el concepto atemporal del Código civil, y los conceptos especiales; ni siquiera, en muchas ocasiones, existía remisión alguna del Código civil a esas leyes, que permitiera incardinarlas en su “sistema”.

El resultado era –como sabemos– la diversificación de estatutos de este derecho, frente al derecho-tipo. Ahora, el artículo 33 CE se sitúa jerárquicamente por encima del Código civil, y también por encima de las leyes especiales, pero con una importante diferencia de contenido.

Mientras que el artículo 348 CC describe técnicamente “cualquier” derecho de propiedad como facultad de “gozar y disponer”, lo que hacen las leyes especiales es perfilar las concretas formas de goce y disposición, fijándolos cualitativamente y en sus límites. Y al hacerlo, esas leyes especiales en materia de propiedad, –las ya existentes y las que se promulguen en el futuro– por una parte se están sirviendo del contenido del artículo 348 CC, y, por otra, se sujetan al mandato constitucional de que la “función social” delimite el contenido del derecho de propiedad, o sea ese “goce” y “disposición” de su titular.

De esta manera, resulta, que mientras que el artículo 348 CC, coadyuva a la conceptualización del derecho de propiedad general o único, garantizado tras ser reconocido por el artículo 33 CE, las leyes especiales se nos muestran como los instrumentos técnico-formales previstos por el constituyente, para concretar el proyecto constitucional, para acercarlo a la realidad específica.

Por esta vía, se solucionan todos los problemas relativos al contenido esencial del derecho, ya que el artículo 33 CE al incidir sobre el 348 CC, genera un nuevo concepto global o general, en el que “sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”, es antecedido, y, por tanto, desvirtuado, por “delimitado por su función social de acuerdo con las leyes”.

Luego el contenido esencial del derecho de propiedad es goce y disposición, y función social como límite a las anteriores facultades. Sin “algo” de goce

y de “disposición” no cabe hablar de derecho de propiedad pues la función social que actúa como límite de las facultades dominicales no puede cercenarlas, so pena de dejar irreconocible tal derecho.

— — — — —

Para concluir, no cabe duda de que la imagen que la conciencia social existente a finales del siglo XIX tenía del derecho de propiedad, del contrato y de la familia, tiene poco que ver con la de inicios del siglo XXI, y casi nada con la actualmente plasmada en nuestro ordenamiento jurídico, aunque sigan denominándose exactamente igual, y se incardinan en el mismo lugar del sistema jurídico.

Por el contrario, me parece mas arriesgado determinar si los cambios normativos expuestos han sido asumidos por la conciencia social, si ese diseño normativo actual coincide con la imagen que la sociedad española tiene de esas tres instituciones.

Palma-Artá diciembre 2012.